

## **Gesellschaft und Recht bei David Hume und Friedrich A. von Hayek**

### **Über die Zivilisierung des Egoismus durch Recht und Wettbewerb**

Im Vorwort zur 1. Auflage von „Recht, Gesetzgebung und Freiheit“ bemerkt Friedrich A. von Hayek, seine Untersuchung habe die Regeln gerechten Verhaltens zum Gegenstand, die der Jurist untersuche, die aber einer Ordnung dienten, von der er ganz überwiegend keine Kenntnis besitze; und diese Ordnung werde hauptsächlich von dem Nationalökonom untersucht, der seinerseits in gleicher Weise keine Kenntnis vom Charakter der Verhaltensregeln besitze auf denen diese Ordnung beruhe.<sup>1</sup> Hayeks eigene Theorie verfasster Freiheit ermutigt zu einer vorläufigen Erklärung dieses Befundes. Die Juristen haben Schwierigkeiten, die Eigenarten einer Ordnung zu verstehen, in der ihnen der souveräne Gesetzgeber abhanden kommt, auf den sich Ursprung, Geltung und Inhalt von Regeln gerechten Verhaltens zurückführen lassen. Die Ökonomen haben Schwierigkeiten, die Regeln gerechten Verhaltens zu verstehen, weil der berechenbare Zusammenhang von Konkurrenzmodellen mit der Gesamt- oder Konsumentenwohlfahrt ungewiss wird. Diese Ungewissheiten gewinnen angesichts der gegenwärtigen Krise neue Aktualität.

Krisen stellen die Entlastungswirkung von Institutionen in Frage, indem sie die Gewissheiten des Selbstverständlichen und Gesicherten erschüttern.<sup>2</sup> Das gilt auch für die Rechts- und Wirtschaftswissenschaften, deren Erkenntnisse zu den geschichtlich bedingten Gewissheiten gehören und die im Licht neuer Erfahrungen zu überprüfen sind. Der Verfassungsrechtler Ernst Wolfgang Böckenförde ist berühmt für seine These, dass der Staat auf Voraussetzungen beruht, die er selbst nicht garantieren kann. Er hat die Krise zum Anlass genommen, ihre Ursachen zu analysieren und zugleich die Voraussetzungen zu benennen, auf die wir uns neu verlassen sollen.<sup>3</sup> Zu den Ursachen gehöre der ausgreifende Besitzindividualismus als Krankheit des Kapitalismus. Neu zu bedenken sei das ursprüngliche Gemeineigentum der Menschheit an den lebenswichtigen

---

<sup>1</sup> Recht, Gesetzgebung und Freiheit, 1980, S. 17.

<sup>2</sup> Arnold Gehlen, Philosophische Anthropologie und Verhaltensforschung, in: ders., Gesamtausgabe Band 4, S. 216.

<sup>3</sup> Süddeutsche Zeitung, 24.04.2009.

Ressourcen und ein diesem gemeinsamen Interesse entsprechend neu zu entdeckendes Ordnungsprinzip. Es ist erneut das große Missverständnis der Dominanz des Egoismus in der Marktwirtschaft, das sie als Kapitalismus zu diskreditieren scheint. Dieses Missverständnis gewinnt an Überzeugungskraft, wenn es von einem berufenen Kenner und Interpreten der Finanzkrise bestätigt wird. Alan Greenspan, der frühere Präsident der amerikanischen Notenbank, der die gegenwärtige Krise durch seine eigene Geldpolitik eingeleitet hat, erklärte vor dem amerikanischen Kongress, die Finanzkrise habe sein Weltbild erschüttert, weil sie zeige, dass sich der Egoismus nicht selbst reguliere.<sup>4</sup> Wir haben es mit einer nur dramatisch zu nennenden Bestätigung der These von Hayek zu tun, dass Ökonomen die normativen und institutionellen Grundlagen der Prozesse, die sie analysieren, häufig nicht mehr kennen oder vernachlässigen. Es geht nicht um den Ruf nach besserer Moral der Akteure. In Erinnerung zu rufen ist vielmehr diejenige Eigenart von Institutionen in freien Gesellschaften, die unter dem Eindruck neuer Planungseuphorie in Gefahr sind vergessen zu werden. Das ist die Rationalität dezentraler Ordnungen und der für sie geltenden Prinzipien. Die alten und neuen Herausforderungen lassen sich anhand der Institutionen kennzeichnen, die zu den notwendigen Bedingungen freier Gesellschaften gehören:

1. Die Regeln gerechten Verhaltens, die den Kern der Privatrechtsordnung ausmachen;
2. Die Arbeitsteilung, die aus Vertrags- und Gewerbefreiheit hervorgeht;
3. Der Wettbewerb.

Diesen Institutionen ist in der Formulierung von Hayek gemeinsam, dass sie das Ergebnis menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs sind.<sup>5</sup> Es kommt darauf an, die Rationalität dieser Verhaltenssysteme und ihre Interdependenz zu verstehen. Die ideengeschichtlichen Grundlagen finden wir bei David Hume und Adam Smith. Die Kennzeichen ungeplant entstandener Institutionen sind nicht Zufall oder Willkür, sondern die in ihnen erkennbar werdenden Ordnungsprinzipien. Die kategoriale Bedeutung dieser Theorien tritt hervor, wenn man sie mit den fast zeitgleich wirksam werdenden Utilitarismus bei Jeremy Bentham und seinem Erbe in der positivistischen

---

<sup>4</sup> Bericht im New Yorker, 2. Februar 2009.

<sup>5</sup> Von Hayek, Die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs, in: ders., Freiburger Studien, 1969, S. 97-107.

Rechtstheorie und in den verschiedenen wirtschaftswissenschaftlichen Wohlfahrts-theorien konfrontiert.

## **1. REGELN GERECHTEN VERHALTENS (PRIVATRECHTSORDNUNG)**

### **a) Die künstliche Tugend der Gerechtigkeit**

Zu den Elementen, die freie Gesellschaften kennzeichnen, gehören in der Evolutionstheorie von David Hume alle Erscheinungsformen der Zivilisation, wie etwa Erziehung, Kunst, Wissenschaft und Wirtschaft. Erst in ihrem Zusammenwirken geben sie den Blick auf den jeweiligen Stand der Zivilisation frei. Den Regeln gerechten Verhaltens kommt für „constitutional liberty“ jedoch eine Sonderstellung zu, weil sie eine notwendige Bedingung für freiheitliche und selbstbestimmte Kooperation und Kommunikation sind. Der zwingende Charakter der „fundamental rules“ steht nicht im Gegensatz zur Freiheit, sondern gehört zu den Bedingungen ihrer Möglichkeit. Zwingend im Verhältnis der Bürger zueinander ist die Sicherheit alles dessen, was dem Menschen als Person zu Eigen ist, also property im umfassenden Sinne, gleichzeitig die Verbindlichkeit der Verträge, mit deren Hilfe die Menschen planen, kooperieren und ihre Interessen abgrenzen. In der Erklärung dieser Prozesse kann das Recht nicht von der Selbstliebe und auch nicht von der vergleichenden Selbstliebe der Menschen abstrahieren. Sie sind die eigentlichen Antriebskräfte des Handelns. Der unvermeidliche Gegensatz der Selbstliebe des einen zur Selbstliebe des anderen bewirkt jedoch, dass die subjektiven interessegeleiteten Leidenschaften genötigt sind, sich so aneinander anzupassen (to adjust), dass daraus ein System für das Verhalten und den Umgang mit Anderen entsteht.“ Wörtlich heißt es sodann: „Dieses System umfasst das Interesse jedes Einzelnen und liegt deshalb zugleich im öffentlichen Interesse; gleichwohl gehört dieser Zweck nicht zu den Absichten derjenigen, die es hervorbringen (invent).“<sup>6</sup> Der englische Geschichtsphilosoph Haakonssen meint, dies sei die wahrscheinlich kühnste These in der Geschichte der Rechtsphilosophie.<sup>7</sup> Hayek hat sich diese These anhand der später von

---

<sup>6</sup> David Hume, A Treatise of human Nature, in: Thomas Hill Green and Thomas Hodge Grose (eds.), The philosophical works, London 1886, Reprint 1964, p. 296. Alle Hume Zitate beziehen sich im Folgenden auf die zitierte Ausgabe.

<sup>7</sup> Knut Haakonssen, The Science of a Legislator, The natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith, Cambridge, 1981, Digital printing 1999, p. 20.

Ferguson geprägten Formulierung zu Eigen gemacht: Die Völker entdecken unversehens Einrichtungen, die zwar durchaus das Ergebnis menschlichen Handelns sind, nicht jedoch auf die Durchführung irgendeines menschlichen Plans zurückgeführt werden können.<sup>8</sup>

Die Erkenntnis, dass Institutionen als Systeme menschlichen Verhaltens spontan entstehen, sich weiter entwickeln und untergehen können, wird durch die Geschichte bestätigt. Für David Hume bildet sie eine der Grundlagen für seine Gesellschaftstheorie. Zuerst formuliert hat er sie jedoch für die Rechtstheorie und zwar in Auseinandersetzung mit tradierten Tugendlehren. In ihnen standen die zerstörerischen Kräfte des Egoismus im Mittelpunkt. Daran erinnert die Bienenfabel von Mandeville, der das Recht in die Dialektik von Tugend und Lastern einbezieht: Justice herself, famed for fair dealing, by blindness had not lost her feeling. Her left hand, which the scales should hold had often dropped them, primed with gold.<sup>9</sup> Bei David Hume ist die Gerechtigkeit zwar eine Tugend, sie ist jedoch eine künstliche Tugend (artificial virtue). Eine Tugend also, welche die Vernunft den Leidenschaften abringen muss. Das geschieht durch die Regeln gerechten Verhaltens. Sie sind künstlich, weil sie weder auf Eigennutz, noch auf Wohlwollen (benevolence) gestützt werden können. Das Wohlwollen gegenüber Mitmenschen gehört zwar zu den natürlichen Tugenden, aber es ist begrenzt auf die Menschen, die uns nahe stehen. Im System der Arbeitsteilung sind wir dagegen auf die Kooperation mit entfernten Menschen angewiesen, die uns ihre Leistungen nicht aus Menschenliebe erbringen.<sup>10</sup>

## **b) Die Domestizierung des Eigennutzes im Privatrecht**

In der deutschen Tradition ist über das Verhältnis von Recht und Moral, Privatinteressen und öffentlichem Interesse, von Staat und Gesellschaft und nicht zuletzt von Sozialismus und Kapitalismus immer auch anhand der Rolle gestritten worden, die

---

<sup>8</sup> Adam Ferguson, Versuch über die Geschichte der bürgerlichen Gesellschaft (1767), Deutsche Ausgabe 1986, S. 258; Hayek, Rechtsordnung und Handlungsordnung, in: Freiburger Studien, 1969, S. 161, 164 und öfter; auch Law, Legislation and Liberty, Vol. 1 p. 20.

<sup>9</sup> Bernhard Mandeville, Die Bienenfabel, Mit einer Einleitung von Walter Euchner (1705) 1980 S. 71.

<sup>10</sup> Näher David Hume, Treatise, p.256.

darin dem Eigennutz im Gegensatz zum Gemeinwohl zukommt. Das Privatrecht wird in dieser Tradition als Hort des Privat- und Eigeninteresses wahrgenommen. Bei David Hume sind die Prinzipien des Privatrechts dagegen eine Grundlage von civil society. Die wesentliche Leistung des Privatrechts besteht darin, den Eigennutz zu regulieren und die natürlichen Leidenschaften und Neigungen der Menschen den Erfordernissen der Kooperation in zivilisierten Gesellschaften anzupassen. Das geschieht durch die geschichtlich erworbene Einsicht in die Grenzen, die Menschen als Vernunft begabte Wesen im Umgang mit ihren Mitmenschen für sich selbst anerkennen müssen, wenn sie in Freiheit leben wollen.

David Hume führt Recht und Moral in den Dialogues concerning natural Religion auf die Befindlichkeit der Menschen in ihrer individuellen und gesellschaftlichen Existenz zurück. Der Mensch als Mangelwesen verdankt seine Existenz und sein Überleben der eigenen Intelligenz, seinem Erfindungsreichtum, seinem Fleiß und der Kooperation mit Seinesgleichen.<sup>11</sup> Auch für Recht und Moral gelten die unüberwindlichen Hindernisse, die der Erkenntnis maßgeblicher Prinzipien für Ursache und Wirkung in allen Systemen entgegenstehen (p. 381). Auch sie sind das Ergebnis von Erfahrung: Selbst unsere Ideen reichen nicht weiter als unsere Erfahrung (p. 391). Gleichwohl kann aber unsere Vorstellungskraft (imagination) der Erfahrung zu Hilfe kommen. So erklärt sich die Entwicklung von abstrakten Ordnungsprinzipien im Übergang von der kleinen Gruppe zur Großgesellschaft.

Den verschiedenen Stufen der Evolution entsprechen verschiedene Konventionen. Zu unterscheiden sind solche Konventionen, die für jede Art von Kooperation in kleinen Gruppen notwendig sind, von solchen, die sich in Großgesellschaften entwickeln und allgemeine Rechtsregeln erfordern. Dazu gehören hauptsächlich die Regeln über das Mein und Dein: Über die Anerkennung von Eigentum und Besitz<sup>12</sup>, über die Verbindlichkeit der Verträge<sup>13</sup>, über die Mobilität der Rechte, über die persönliche Haftung für Verbindlichkeiten und schließlich Regeln über die Anerkennung einer Instanz (Gericht), welche für die unparteiische Auslegung und Anwendung der Regeln zuständig ist.<sup>14</sup> So gewinnen die fundamentalen Regeln des Rechts Autorität über die

---

<sup>11</sup> Dialogues, p. 448 ff.

<sup>12</sup> Treatise, p. 258 (Origin of Property); p. 273 (Determination of Property).

<sup>13</sup> Treatise, p. 284.

<sup>14</sup> Treatise, p. 300.

Menschen.<sup>15</sup>

Die Eigenart von Rechtsregeln einem öffentlichen Interesse zu dienen, aber das unbeabsichtigte Ergebnis menschlicher Handlungen zu sein, weist über das Interesse der unmittelbar Beteiligten ebenso hinaus wie über das öffentliche Interesse des jeweiligen Staates. Auch unabhängige Richter sind in der Auslegung und Anwendung der Regeln an deren abstrakten Charakter gebunden. Wörtlich heißt es: „Würden die Menschen sich im Hinblick auf die Rechtsregeln in der Gesellschaft dieselbe Freiheit wie in ihren anderen Angelegenheiten nehmen, so würden sie den Umständen des Einzelfalles ebenso Gewicht beimessen wie dem Charakter und Vermögensverhältnissen der beteiligten Personen und dem öffentlichen Interesse“. Der zwingende Charakter der Regeln steht aber der Berücksichtigung dieser persönlichen Motive und Interessen entgegen.<sup>16</sup> Die „utility“ folgt aus dem Regelwerk, nicht aus einer Bilanz gesellschaftlicher Vor- oder Nachteile. Es gehört zur Eigenart der Regeln, dass sie im Einzelfall auch Erwartungen enttäuschen. Die Anpassung der allgemeinen zwingenden Regeln an neue Situationen ist Sache des Gesetzgebers. In diesen Korrekturen ist er jedoch an die fundamentalen Regeln gebunden. Das folgt aus der Rule of Law, wonach auch die Autorität und Legitimation des Gesetzgebers auf dem Recht beruht. Diese britische Tradition für die David Hume repräsentativ ist, zeigt, dass es Bedingungen von constitutional liberty gibt, die den Grund- und Menschenrechten vorausliegen. Das umfassende Konzept von justice begründet die verfassungsmäßige Ordnung der Gesellschaft. Aus ihr folgen die nicht abstrakt normierbaren Grenzen der gesetzgebenden Gewalt und der Gehorsamspflicht der Bürger.<sup>17</sup>

Das Gebot einer systemgerechten Weiterentwicklung der Rechtsordnung haben Hayek und Franz Böhm in ihre Theorien aufgenommen. Sie erschließen damit ein grundlegendes Ordnungspotential für die Wirtschaftsordnung. Gefragt ist Einsicht in die Voraussetzungen, unter denen die im Privatrecht wirksamen Ordnungsprinzipien auch in den Fällen zur dezentralen Konfliktlösung beitragen, in denen korrigierende Eingriffe in Wettbewerb und Vertragsfreiheit geboten sind. Diese Prinzipien entwickeln Hayek und

---

<sup>15</sup> Essay, XII, Of the Original Contract, p. 455.

<sup>16</sup> Treatise, p. 299. Ausgeschlossen sein sollen „particular views of private or public interest“.

<sup>17</sup> Treatise, p. 323.

Franz Böhm in ihrer Theorie der Privatrechtsgesellschaft.<sup>18</sup>

Die Regeln gerechten Verhaltens sind dauerhafter und beständiger als die verschiedenen Staatsformen und sie sind mit verschiedenen Staatsformen vereinbar.<sup>19</sup> Auch im Außenverhältnis kennt der vom Recht unterstützte Prozess der Zivilisation bei David Hume keine Grenzen, wenn nicht der grenzüberschreitende Wettbewerb aus falsch verstandenem nationalem Egoismus beschränkt wird.<sup>20</sup> Die abstrakten Regeln sind in dem Sinne zweckfrei, dass sie die Menschen instand setzen, ihre eigenen Zwecke zu verfolgen, ohne gleichzeitig an staatliche öffentliche Interessen gebunden zu sein. Das erklärt ihre grundlegende Bedeutung für den internationalen Wirtschaftsverkehr. In den Worten von Hayek: „Die bedeutendste Veränderung, die der Mensch immer noch nur zum Teil verstanden hat, kam mit dem Übergang von einer face to face society zu dem, was Sir Carl Popper zutreffend die abstrakte Gesellschaft genannt hat: Eine Gesellschaft in der nicht länger die bekannten Bedürfnisse bekannter Menschen, sondern nur abstrakte Regeln und unpersönliche Signale das Handeln gegenüber Fremden bestimmen. Das machte eine Spezialisierung möglich, die weit über den Bereich hinausgeht, der von einem einzelnen Menschen überblickt werden kann.“<sup>21</sup> Popper erläutert den Gegensatz der geschlossenen zur offenen Gesellschaft anhand der Organismustheorie des Staates, die in Deutschland durch Otto von Guericke die zeitweise herrschende Theorie des Staates und der juristischen Personen war.<sup>22</sup>

Klarer noch treten jedoch die Eigenarten der Evolutionstheorie von David Hume und die Theorie spontaner Ordnung bei Hayek hervor, wenn man ihnen die Rechts- und Gesellschaftstheorie Jeremy Benthams gegenüberstellt. Ihr kommt auch deshalb eine Schlüsselrolle zu, weil sie zu den Grundlagen moderner Rechtstheorie in der ökonomischen Analyse des Rechts und zu den Grundlagen der neoklassischen Wohlfahrtstheorie gehört.

---

<sup>18</sup> Von Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Vol. II, S. 158, N. 1.

<sup>19</sup> *Essay II On Refinement of the Arts*, p. 303.

<sup>20</sup> *Essay III Of the Jealousy of Trade*, p. 345.

<sup>21</sup> *Recht, Gesetzgebung und Freiheit*, Band III, *Die Verfassung einer Gesellschaft freier Menschen*, 1981, S. 219.

<sup>22</sup> *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, Band 1, S. 208.

### 3. WOHLFAHRT STATT FREIHEIT

Bei Jeremy Bentham gibt es keine „unintended consequences“. Gesetzgebung, Rechtsprechung und selbst privatrechtliche Befugnisse gehorchen dem utilitaristischen Imperativ: Das größte Glück der größten Zahl der Mitglieder eines Gemeinwesens umfasst alle ihre Rechte. Es ist der einzige erlaubte Maßstab nach dem wohltätige oder schädliche Maßnahmen des Souveräns zu beurteilen sind.<sup>23</sup> Der Holismus der Zwecke verbindet sich mit dem Positivismus der Rechtstheorie, die alle Rechtspositionen auf den souveränen Gesetzgeber zurückführt. Die Rechtsordnung besteht aus der Summe originärer oder abgeleiteter Zwangsbefugnisse: jeder Befehl (mandate), der nicht rechtswidrig ist und innerhalb der Grenzen der Souveränität ergeht, ist in dem einen oder anderen Sinne ein Befehl des Souveräns.<sup>24</sup> In der imperativen Theorie des Rechts, die auf Thomas Hobbes zurückgeht und wichtige positivistische Rechtstheorien bis heute kennzeichnet, gibt es keine subjektiven Rechte, insbesondere keine Rechte gegen den Souverän. Berühmt ist die harte Kritik von Jeremy Bentham an der Erklärung der Menschenrechte in Frankreich und Amerika. „Nonsense on stilts“ nennt er sie.<sup>25</sup> Soweit privatrechtliche Rechtsverhältnisse die Befugnis zu zwingen begründen, stehen sie unter dem Vorbehalt vom Gesetzgeber „bestätigt“ zu werden (to adopt). Treten Vertragsstörungen auf, so ist es Sache des Richters, die Vor- und Nachteile im Hinblick auf das utilitaristische Gesamtinteresse gegeneinander abzuwägen. Ein verantwortungsvoller Richter soll den Schleier der Regeln durchschauen, die zugrunde liegenden Zwecke in Betracht ziehen und soweit wie möglich den Beitrag zur Gesamtwohlfahrt zum Maßstab seines Urteils machen.<sup>26</sup>

Den Wirkungsgeschichten von David Hume, Adam Smith und selbst von Hayek ist gemeinsam, dass die schlechthin grundlegende Bedeutung verkannt wurde, die dem Recht in ihren Theorien verfasster Freiheit zukommt. Dazu hat beigetragen, dass es sich bei den von ihnen in Bezug genommenen zwingenden Verhaltensregeln nicht um Befehle des Inhabers einer höchsten Gewalt handelt. In der Ökonomie hat das grundlegende Missverständnis gewirkt, wonach David Hume und Adam Smith

---

<sup>23</sup> Nachweise bei Mestmäcker, Systembezüge subjektiver Rechte, FN. 51.

<sup>24</sup> Of Laws in General, Jeremy Bentham, 1970, S. 22.

<sup>25</sup> Mestmäcker, Mehrheitsglück und Minderheitsherrschaft. Zu Jeremy Benthams Kritik der Menschenrechte, in: ders., Recht und ökonomisches Gesetz, 2. Auflage, 1984, S. 158-174.

<sup>26</sup> Gerald J. Postema, Bentham and the Common Law Tradition, Oxford 1986, S. 446-448.



Utilitaristen seien. Trotz wichtiger, auch prinzipieller Korrekturen am Utilitarismus wie ihn Bentham geprägt hatte, ist in der Ökonomie der Bezug auf verschieden abgegrenzte Wohlfahrtsmaximierungen erhalten geblieben. Eine Nebenwirkung der utilitaristischen Tradition hat darin bestanden, dass Widersprüche zum Recht oder zum Rechtsprinzip nicht entstehen, soweit Recht und Moral ihrerseits utilitaristisch begründet werden. Ein wichtiges Beispiel ist John Stuart Mill, der in der berühmten Abhandlung „On Liberty“ seine Nähe zum Utilitarismus hervorhebt.<sup>27</sup> Das bestätigt seine Definition des Rechtsprinzips. Der einzige Grund, aus dem die Gesellschaft den Einzelnen gegen seinen Willen zwingen darf, sei die Verhinderung von Schaden bei Anderen.<sup>28</sup> Im Verhältnis der Bürger zueinander sei die Schädigung Dritter nur rechtswidrig, wenn der Schaden größer sei als der Nutzen des Schädigers. Schäden im Wettbewerb müssen im Interesse der Gesellschaft am Wettbewerb hingenommen werden. Der Freihandel sei keine Frage individueller Rechte, sondern eine Frage der Wirtschaftspolitik.<sup>29</sup> Mills ausdrückliche Zurückweisung von Grund- oder Menschenrechten verweist erneut auf den grundsätzlichen Konflikt zwischen einer Gesellschaft, in der die Rechte der Einzelnen das „höchste Gut“ sind, von einer Gesellschaft in der die Kosten-Nutzen-Analyse im Hinblick auf Wohlfahrtszwecke nicht nur über Effizienz, sondern auch über Rechtmäßigkeit entscheiden soll. John Rawls hat den grundlegenden rechtsphilosophischen Einwand wiederholt in Auseinandersetzung mit dem aktuellen und formalisierten Konzept des Utilitarismus in Übereinstimmung mit Immanuel Kant formuliert: „Der Utilitarismus nimmt die Autonomie des Einzelnen und die sie verwirklichenden gleichen Freiheitsrechte Anderer nicht ernst.“<sup>30</sup> Amartya Sen sieht ein Kennzeichen der neoklassischen Wohlfahrtstheorie darin, dass sie zwar im buchstäblichern Sinne mit Individualrechten „rechnet“, ihnen aber keine Eigenbedeutung beimisst.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> John Stuart Mill, On Liberty, in: Alan Wilde (ed.), Mill, The Spirit of the Age, On Liberty, The Subjection of Women, 1997, S. 48.

<sup>28</sup> John Stuart Mill, On Liberty, S. 115.

<sup>29</sup> Ebd., S. 115.

<sup>30</sup> Zuletzt John Rawls, Social Unity and Primary Goods, in: Amartya Sen/Bernard Williams (eds.), Utilitarianism and Beyond, 1999, S. 159-186.

<sup>31</sup> On Ethics and Economics, 1988, S. 49.

## II. Arbeitsteilung im System natürlicher Freiheit (Adam Smith)

David Hume hat seine Rechtstheorie als eine umfassende Theorie freier Gesellschaften entwickelt. Adam Smith hat die Erkenntnisse von David Hume aufgenommen, um sie mit seiner eigenen ökonomischen Theorie zu verbinden, die den Anfang der Ökonomie als Wissenschaft bezeichnet. Im Mittelpunkt seines Systems natürlicher Freiheit steht die Arbeitsteilung. Die Arbeitsteilung entsteht aus der Neigung der Menschen zum Tausch, wird durch Wettbewerb angetrieben und findet ihre Grenze nur an den Grenzen der Märkte (The division of labour is limited by the extent of the market).<sup>32</sup> Adam Smith wendet die von Hume anhand der Rechtstheorie begründete Einsicht in die Entwicklung von Verhaltensregeln auf die Arbeitsteilung an. Die vielfältigen Vorteile der Arbeitsteilung „sind nicht das Ergebnis menschlicher Weisheit, die stets auf Reichtum und Überfluss sinnt. Diese allgemeine Wohlfahrt (extensive utility) habe der Mensch, der an der Arbeitsteilung teilnehme, tausche und von ihr profitiere nicht im Blick: Wiederum sind es die wohltätigen Wirkungen der Arbeitsteilung, die Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs sind. Unvorhergesehene Ergebnisse kennzeichnen bei Adam Smith außer der Gerechtigkeit mit der „extensive utility“ auch Wohlstand und Reichtum. Es geht um die Rationalität einer polyzentrischen Ordnung, die erfahrungsgemäß zu wohltätigen wirtschaftlichen Ergebnissen führt, die ihrerseits jedoch keinen Rückschluss auf die Planung der Ergebnisse gestatten. Das folgt aus der Eigenart der zugrunde liegenden individuellen Planungen und Handlungen, die keinen vorgestellten und keinen verifizierbaren Bezug auf die nachträglich festgestellten positiven oder negativen Ergebnisse haben.

Die Rechtstheorie von Adam Smith entspricht in ihren Grundzügen der von David Hume. In wichtigen Beziehungen geht sie darüber jedoch hinaus. Ihre weitergehende Bedeutung folgt vor allem daraus, dass sie einen durchgängigen Bezug auf das Wirtschaftssystem aufweist. Im System natürlicher Freiheit gehört es zu den von Adam Smith hervorgehobenen Aufgaben des Staates, das Rechtsprinzip im Verhältnis der Bürger zueinander gewissenhaft anzuwenden (exact administration of justice). Mit der Einführung des „impartial spectator“, des unparteiischen Beobachters, werden Moral und

---

<sup>32</sup> Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (R.H. Campell / A.S. Skinner, eds.), 1976, S. 26-36.

Recht auf eine neue Grundlage gestellt. Soweit es um die Moral geht, hält uns der impartial spectator den Spiegel vors Gesicht und fordert uns auf, die eigenen Handlungen auch mit seinen Augen zu sehen. Im Recht wird der impartial spectator zum Richter. Er urteilt in Kenntnis aller erheblichen Umstände, aber ohne die Leidenschaft der Beteiligten. Sein Maßstab sind die subjektiven Rechte, die als Verhaltensregeln wirken. Sie sollen den Richter instand setzen über Interessenkonflikte anhand von normativ begründeten oder unbegründeten Erwartungen der Beteiligten zu entscheiden.<sup>33</sup>

Aus der kaum übersehbaren Vielfalt der wissenschaftlichen Kritiken an der Rechts- und Wirtschaftstheorie von Adam Smith sollen diejenigen herausgegriffen werden, denen für das Verhältnis von Rechtsordnung und Wirtschaftssystem ausschlaggebende Bedeutung zukommt. Ein gemeinsamer Bezugspunkt dieser Kritiken ist die „unsichtbare Hand“, die Adam Smith überall dort erwähnt, wo es sich um unvorhergesehene oder unvorhersehbare und letztlich positive Wirkungen individueller Handlungen geht. Mit weitreichender Wirkung hat der französische Philosoph Elie Halevy die Vereinbarkeit von Rechts- und Wirtschaftstheorie bei Adam Smith in Frage gestellt. Im Bereich der politischen Ökonomie herrsche das Prinzip der natürlichen Harmonie der Interessen, während im Recht das Prinzip der künstlichen Harmonisierung der Interessen durch Zwang maßgeblich sei. Die Teilung der Arbeit folge in der Ökonomie nicht aus wohl erwogener und systematischer Gesetzgebung, sondern aus der Abwesenheit hoheitlicher Interventionen. Wenn man diese Vorstellung generalisiere, sei es möglich, das Aussterben des Rechts vorherzusehen. Diese Kritik ist deshalb so aufschlussreich, weil sie unter Recht nur planende Interventionen versteht und nicht solche Regeln, welche die gleiche Freiheit unter allgemeinen Gesetzen verwirklichen.

Während Halevy die Rationalität des Rechts als Inbegriff planender Vernunft gegen Adam Smith ins Feld führt, wendet sich George Stigler, der amerikanische Nobelpreisträger, gegen die Beschränkung von „perfect freedom“ und Eigeninteresse auf die Ökonomie.<sup>34</sup> Kritisiert werden die Bereiche, in denen Adam Smith Marktversagen

---

<sup>33</sup> Grundlegend Haakonssen, *The Science of a Legislator. The natural jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, 1981, Ch. 3. Die zentrale Rolle subjektiver Rechte ergibt sich erst aus dem 1978 aus dem Nachlass herausgegebenen Vorlesungsnachschriften. *Lectures on Jurisprudence* (R.L. Meek, D.D.Raphael, B.G. Stein eds.), Oxford 1978.

<sup>34</sup> G. J. Stigler, *Smith's Travels on the Ship of State*, in: Andrew S. Skinner/ Thomas Wilson (eds.), *Essays on Adam Smith*, Oxford 1975, p. 237-246.

feststellt, so dass Eigeninteresse und Wettbewerb nicht ausreichen und eine korrigierende Gesetzgebung notwendig ist. Wichtige Beispiele sind der Bankenwettbewerb durch Ausgabe von Anleihen, das einseitig machtbedingte Übergewicht der Arbeitgeber im Verhältnis zu Arbeitnehmern oder die Kartellneigung der Unternehmer. Stigler sieht hier Kleinmut am Werk, weil Adam Smith damit den „Granit des Selbstinteresses“ nicht auch auf den politischen Prozess und die Gesetzgebung anwende. Der Politische Prozess sei durch wirtschaftliche Eigeninteressen ebenso gekennzeichnet wie der ökonomische Prozess. Adam Smith unterscheidet in der Tat scharf zwischen wirtschaftlichen Freiheitsrechten (personal liberty) und politischen Freiheiten (political liberty). Der Eigennutz sei in der Politik, insbesondere in der Gesetzgebung ein ganz unzureichender Maßstab. Der verderbliche Einfluss der vermögenden Klassen auf die Gesetzgebung verhindere die Korrektur offener Missbräuche. Der „impartial spectator“ und sein Urteil über Freiheit und Gleichheit entlarvt die Abhängigkeit des Gesetzgebers von den Eigeninteressen der Abgeordneten. Ein drastisches Beispiel ist die Aufrechterhaltung der Sklaverei durch Sklavenhalter, die dem Parlament angehören.<sup>35</sup>

Stiglers Plädoyer für den Granit des Selbstinteresses ist Teil einer wissenschaftstheoretischen und wirtschaftspolitischen Strategie. Es sollen die Unsicherheiten ausgeschlossen werden, die für preistheoretische Modelle aus alternativen Annahmen über das Verhalten der Akteure folgen. Im Streben nach ökonomischer Gesetzmäßigkeit kündigt sich eine Homogenisierung der theoretischen Annahmen an, die eindeutige und berechenbare Ergebnisse ermöglichen sollen. Das fordert Akteure, die ihr Eigeninteresse effizient verwirklichen und zugleich den übergreifenden Zweck der Wohlfahrtsmaximierung verfolgen. Diese Annahmen mögen für preistheoretische Modelle aussagekräftig sein, wenn man ihre Falsifizierbarkeit berücksichtigt, die aus der Konfrontation der zugrunde gelegten Annahmen mit der Wirklichkeit folgt. Die Maßstäbe, die für ordnungspolitische Korrekturen bei Marktversagen in Betracht kommen, bedürfen gewiss wirtschaftswissenschaftlicher Begründung. Das Eigeninteresse gehört in diesem Falle aber gewiss nicht zu den Maßstäben, die sich für diesen Zweck eignen.

### **III. Wettbewerb**

Der Wettbewerb ist das Bewegungsgesetz der Marktwirtschaft. Er ist als

---

<sup>35</sup> Näher Haarkonssen, *The Science of a Legislator*, 1981, S. 140.

Nebenbedingung von Rechtsregeln und Arbeitsteilung stets gegenwärtig. Die Komplexität der Interdependenz von Rechts- und Wirtschaftsordnung wird damit jedoch nur unzureichend erfasst. Erneut erweisen sich die vorhersehbaren und die nicht vorhersehbaren gesamtwirtschaftlichen Wirkungen als Leitfaden für das wirtschaftliche und rechtliche Verständnis des Wettbewerbs. Einer der Väter des ökonomischen Utilitarismus, James Mill, hat die Eigenart und Aufgabe der politischen Ökonomie darin gesehen, das Ganze des ökonomischen Systems so umfassend zu übersehen und zu kennen wie ein General seine Armee. Gefordert sei der strategische Blick (commanding view) auf das Zusammenwirken aller Akteure und Operationen im Dienst des Reichtums; er sei letztlich das Ziel, auf das fast alle Mühen und alles Streben der Menschen gerichtet seien.<sup>36</sup> Hayek hat das Erkenntnisproblem der Wirtschaftswissenschaften im exakten Gegensatz zu dieser Vision der zentralen Wohlfahrtsmaximierung gekennzeichnet. Er fragt, wie in einem Wettbewerbssystem das Wissen gewonnen wird, das rationales Handeln der Beteiligten ermöglicht. Dieser Gegensatz bleibt auch dann erhalten, wenn man die grundlegenden Korrekturen und Fortschritte in den modernen, am Utilitarismus orientierten Preis- und Wohlfahrtstheorien berücksichtigt. Dazu gehört, dass der horizontale und individuelle Nutzenvergleich als unvereinbar mit der Individualität der Menschen verworfen wird. Die ordinale Nutzenmaximierung, die an Preise für Güter und Leistungen anknüpft, ermöglicht auf der Grundlage des Modells der vollkommenen Konkurrenz die Definition von Bedingungen, unter denen ein Wohlfahrtsoptimum erreicht ist. Die optimale Allokation der Ressourcen wird im Pareto Optimum durch das Gleichgewicht von Angebot und Nachfrage definiert, bei dem jede weitere Transaktion zu einer Veränderung führt, welche Nachteile zu Lasten Dritter zur Folge haben würde. Mit Hilfe des Kaldor/Hicks Modells werden Transaktionen trotz externer Effekte als erfolgreich angesehen, wenn diejenigen, die verlieren von denjenigen, die gewinnen einen Ausgleich erhalten oder ihr Nachteil ausgeglichen werden könnte.

Hayek wendet gegen diese theoretischen Ansätze ein, dass sie in ihren Annahmen ein Wissen der Akteure voraussetzen, das erst im Wirtschaftsprozess gewonnen werden muss. Die positiven gesamtgesellschaftlichen Wirkungen, die aus dem Zusammenwirken von Rechtsregeln, spontaner Arbeitsteilung und Wettbewerb entstehen, folgen aus der dezentralen Nutzung eines Wissens, das an keiner Stelle zentral verfügbar ist. Wörtlich

---

<sup>36</sup> Zitiert nach Lionel Robbins, *The Theory of economic Policy in English classical political economy*, 1952, S. 175.

heißt es: „Der eigentümliche Charakter des Problems einer rationalen Wirtschaftsordnung ist gerade durch die Tatsache bestimmt, dass die Kenntnis der Umstände, von denen wir Gebrauch machen müssen, niemals zusammengefasst oder als Ganzes existiert, sondern immer nur als zerstreute Stücke unvollkommener und häufig widersprechender Kenntnisse, welche all die verschiedenen Individuen gesondert besitzen. [...]“ Die Aufgabe besteht darin, den besten Gebrauch aller Mittel zu sichern, die irgendeinem Mitglied der Gesellschaft bekannt sind und zwar für Zwecke, deren relative Wichtigkeit nur diese Individuen kennen. „Um es kurz auszudrücken, es ist das Problem der Verwertung von Wissen, das Niemanden in seiner Gesamtheit gegeben ist.“<sup>37</sup> Dem Erfordernis, die Nutzung weit gestreuten Wissens in den Teilen zu ermöglichen, auf die Akteure für ihre eigenen Zwecke angewiesen sind, genügen Regeln gerechten Verhaltens in Verbindung mit dem Wissen, das Preise auf Wettbewerbsmärkten vermitteln. Wettbewerb, heißt es bei Hayek, veranstalten wir, weil wir die gesuchten Ergebnisse nicht kennen. Der Wettbewerb reiht sich damit in die Institutionen ein, die durch individuell unvorhersehbare Wirkungen gekennzeichnet sind. Die Teilnehmer am Wettbewerb befinden sich in einer Situation, in der mehrere Personen versuchen, ihre eigenen Pläne in Anpassung an sich dauernd verändernde Verhältnisse durchzuführen. Zu den sich dauernd ändernden Verhältnissen gehört die Reaktion auf das Verhalten der anderen im Wettbewerb stehenden Unternehmen.<sup>38</sup> Erst im Wettbewerb erfahren die Wettbewerber welche Planungen Erfolg haben oder fehlschlagen und zu korrigieren sind. Zu den Bedingungen unter denen Wissen im Wettbewerb gewonnen wird gehören die Rechtsregeln, die Erwartungen in einer im Übrigen ungewissen Umwelt stabilisieren. Sie ermöglichen den Beteiligten die mit jeder Transaktion einhergehende Veränderung von Risiken in Rechnung zu stellen.

Der Wettbewerb ist kein Naturereignis. Er kann sich selbst zerstören. Deshalb muss er mit Hilfe des Rechts aufrechterhalten und gewährleistet werden. Erneut treffen die Gegensätze zwischen regelgeleiteter Freiheit und utilitaristischem Positivismus aufeinander. Rechtstheoretisch zu bewältigen ist die Eigenart des Wettbewerbs, dass auch der erlaubt und fair handelnde Wettbewerber die weniger erfolgreichen Wettbewerber schädigt. Es ist keiner Rechtsordnung gelungen, dieses Problem

---

<sup>37</sup> Von Hayek, Die Verwertung des Wissens in der Gesellschaft, in: ders., Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, 2. Auflage, 1976, S. 103/104.

<sup>38</sup> Hayek, ebd., S. 124.

evolutorisch und ohne Hilfe des Gesetzgebers zu lösen. Die bei Adam Smith dafür zu findenden Ansätze sind erst spät aufgegriffen worden. Versteht man das Recht mit Thomas Hobbes und Jeremy Bentham als ein System von Imperativen, so entsteht aus Schäden im Wettbewerb kein Rechtsproblem: Sie sind nicht die Folge einer Vertragsverletzung und greifen nicht rechtswidrig in Rechte ein. So erklärt es sich, dass Thomas Hobbes in einem Rückblick auf sein eigenes monumentales Werk „Leviathan“ im dauernden Wettstreit um Ehre, Reichtum und Macht im Naturzustand zwar ein Hindernis für das friedliche Miteinander der Menschen sieht. Im Gegensatz zur großen Politik vertraut er unter dem Gesellschaftsvertrag auf Erziehung und bürgerliche Disziplin, nicht auf zwingendes Recht. Der Wettbewerb bleibt Naturereignis.<sup>39</sup> Das entsprechende gilt für Jeremy Bentham. Dessen systematisch geschlossener und scharfsinniger Entwurf eines kompletten Rechtssystems ist mit der von ihm vertretenen Politik des laissez faire vereinbar.<sup>40</sup>

Erst das privatrechtliche Verständnis des Wettbewerbsverhältnisses, das aus Wettbewerbsfreiheiten entsteht, gestattet den Zugang zur dezentralen Ordnung von Wettbewerbskonflikten. Wettbewerb und Wettbewerbsfreiheit werden im nationalen wie im europäischen Recht auf verschiedenen Ebenen erheblich: Als Abwehrrecht gegen den Staat, als Wettbewerbsverhältnis zwischen Wettbewerbern, als Schutzzweck von Normen gegen Wettbewerbsbeschränkungen und damit als regulatives Prinzip für deren Auslegung. Auf dem dargestellten ideengeschichtlichen und methodischen Hintergrund ist es nicht überraschend, dass der Gegensatz von Wettbewerbsfreiheit, Effizienz und Konsumentenwohlfahrt auf europäischer Ebene wiederkehrt: Im Wettbewerbsrecht in der Diskussion über den more economic approach der EG-Kommission, im Binnenmarkt mit der Frage, ob der more economic approach im Gegensatz zur Rechtsprechung des EuGH auch für die Grundfreiheiten gelten sollte.

#### **IV. Eine ordnungspolitische Perspektive**

Angesichts der verbreiteten Neigung in der Finanzkrise auf einen „kommandierenden General“, also auf den Staat, zu vertrauen, möchte ich mit dem

---

<sup>39</sup> Leviathan, S. 702.

<sup>40</sup> Überblick bei Jacob Viner, The Intellectual History of laissez faire, FN. 3 Journal of Law and Economics, 1960.

eingangs erwähnten Verhältnis von Wettbewerb und Privatrecht schließen. Ein vollkommen freier Wettbewerb der Banken, so hat Frank H. Knight vor fast einem Jahrhundert bemerkt, führe notwendig in das Chaos. Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des Wettbewerbs der Banken folgt aus der mit dem Kreditgeschäft verbundenen Geldschöpfung. Die gesamtwirtschaftlichen Gefahren folgen aus dem Kreditwettbewerb, in dem sich die Banken im Angebot günstiger Konditionen unterbieten, womit sie sich in der Bereitschaft zur Übernahme von Risiken überbieten. Dieser Wettbewerb führt zum Konflikt mit dem Prinzip der unbeschränkten Haftung der Bank für die Einlagen ihrer Kunden, wenn die Verbindlichkeiten nicht mehr durch Eigenkapital gedeckt sind. Die auch international gebilligte Praxis der Auslagerung von Risiken aus der regulären Bilanz durch „structured investment vehicles“ trägt diesem Zusammenhang Rechnung und verschleiert ihn gegenüber der Öffentlichkeit. Dienen nun unsichere Hypothekenforderungen (subprime mortgages) zur Grundlage neuer Finanzprodukte, die den Zusammenhang mit den Risiken der zugrunde liegenden Ressourcen nicht mehr erkennen lassen, so handelt es sich um ein Schulbeispiel für das Potential von Finanzmärkten, sich unabhängig von den zugrunde liegenden Gütermärkten zu entwickeln. Unter diesen Bedingungen führen sinkende Häuserpreise und Insolvenzen der Hypothekenschuldner zu Kettenreaktionen, die den Häusermarkt ebenso ins Chaos stürzen wie die Finanzmärkte.

Die „securitisation“, die Transformation von Hypothekenforderungen in Wertpapiere und ihre weitere Aufteilung und Differenzierung in verschiedenen Tranchen gelten als ein Schlüssel für effiziente Kapitalmärkte. Dadurch sei es möglich, den verschiedenen Risikobereitschaften, insbesondere der Risikoscheu von Investoren und Finanzinstituten Rechnung zu tragen. Soweit in diesem Prozess die von den Beteiligten zu tragenden Risiken ungewiss werden, entsteht jedoch ein grundlegender Konflikt mit einfachen Grundsätzen des Privatrechts. Danach haben Verträge zwar die Funktion, Rechte zu begründen oder zu übertragen und damit Risiken zu transformieren. Mit solchen Risiken muss man umgehen, man kann sie nicht vernichten (Stützel). Zum privatrechtlichen Umgang mit Risiken gehört es jedoch, dass sie für die Beteiligten kalkulierbar und berechenbar bleiben. Dazu gehört das Prinzip der unbeschränkten Haftung für vertraglich begründete und dadurch zugleich begrenzte Verbindlichkeiten. Dies trennt Rechtsgeschäfte vom Glücksspiel.

Das Vertragsprinzip versagt, wo die unbeschränkte Haftung und der Konkurs des



Schuldners mit unübersehbaren Risiken für Dritte verbunden sind. Dafür ist der Flächenbrand, der vom Konkurs einer Bank ausgehen kann, repräsentativ. Dieses Risiko rechtfertigt eine vorbeugende Regulierung, die sich am Prinzip einer auch realistischen unbeschränkten Haftung der Banken für ihre Verbindlichkeiten orientiert.

Der Optimismus, mit dem in der fortschreitenden Transformation und Differenzierung von Risiken in immer neuen Finanzprodukten der Inbegriff effizienter Finanzmärkte gesehen wird, steht in einem bemerkenswerten Gegensatz zu den Überlegungen von Adam Smith zu den Finanzmärkten seiner Zeit. Ich verkenne nicht die grundlegend veränderte wirtschaftliche Wirklichkeit. Gleichwohl bleibt seine Einschätzung der Gefahren des Bankenwettbewerbs aufschlussreich. Es ging um das Recht der Banken Schuldverschreibungen zu emittieren, die als Papiergeld wirkten. Regulierende Eingriffe seien zwar Eingriffe in die natürliche Freiheit der Banken, die das Recht grundsätzlich vermeiden sollte. Wenn aber die Inanspruchnahme von Freiheitsrechten durch einige wenige Unternehmen geeignet sei, die Sicherheit der Gesellschaft im Ganzen zu gefährden, dann sei es die Aufgabe jeder Regierung, möge sie eine besonders freie oder eine diktatorische Regierung sein, diese Freiheitsrechte zu beschränken: „Die Verpflichtung Brandwände zu errichten, um die Ausbreitung von Feuer zu verhindern, ist zwar ein Eingriff in die natürliche Freiheit, aber es ist ein Eingriff, der exakt dem hier für die Regulierung der Banken vorgeschlagenen entspricht.“<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Wealth of Nations, S. 344.